Archiv
für die
civilistische Praxis.

I.

Beiträge zu der Lehre über die Bedeutung und den Umfang der s. g. Eventualmaxime im deutschen gemeinen bürgerlichen Processe.

Von Herrn Kirchenrath und Professor Dr. Linde zu Gießen.

Die Eventualmaxime kann insofern nur für ein Institut der neuern Doctrin ausgegeben werden, als diese das, dabei zum Grunde liegende, Princip in einem allgemeinen Grundsatze ausspricht; insofern die Processualisten dazu aber durch eine richtige Abstraction der Bestimmungen positiver gemeinrechtlicher Verordnungen, oder wirklich bestehender gemeiner Praxis, oder durch begründete analoge Anwendung der Gesetze und Praxis, gelangen, hat jener doctrinelle Grundsatz begreiflich im positiven Proceßrechte Realität. Damit jene Maxime durch die allgemeinere Fassung in der Anwendung nicht mißbraucht werde, ist es freilich nöthig, die Fälle, worin sie gesetzlich oder analog begründet ist, anzugeben. Der Verfasser glaubt selbst nicht, daß jene Maxime sich in den Gesetzen als gemeines Rechtsprincip für das gerichtliche Verfahren sanctionirt finde, wiewohl man ihn so verstanden hat [1]; und zwar in unmittelbarer Beziehung auf eine Rechtsfrage,

1) Heise und Cropp jurist. Abhandlungen. Hamburg 1827. B. I. S. 280.

von der er noch jetzt glaubt, daß sie nach den Grundsätzen der Eventualmaxime gelöst werden muß [2]); in mittelbarer Beziehung aber auf eine andere Rechtsfrage, rücksichtlich welcher er sich an einem andern Orte [3]) gegen die Anwendbarkeit der Eventualmaxime in der Art, daß das Beweismittel vollständig instruirt werden müsse, erklärt hat. Beide Fälle sind aber praktisch bedeutend, und es wird um so zeitgemäßer seyn, diese und einige andere zur Sprache zu bringen, als es wahrscheinlich ist, daß eine Controverse um so vielseitiger erwogen, und der Streit darüber zu Ende geführt wird, je mehr Rechtsgelehrte, die nicht blos Theoretiker sind, die Gründe und Gegengründe prüfen, vorzüglich bei wirklicher Anwendung als Richter; denn bei solcher Gelegenheit finden Gründe doch stets am ersten ihre Anerkennung [4]).

Die erste hier zu betrachtende Frage ist: inwiefern der Beweis der Klage, der Einreden, Repliken u. s. w. nach der Eventualmaxime zu führen ist? Der mögliche Inhalt dieser Frage braucht hier um so weniger angedeutet zu werden, als Mittermaier diese Beziehungen in diesem Archive [5]) schon sämmtlich auseinander gesetzt und geprüft hat. Die folgende Darstellung soll sich deßhalb zunächst darauf beschränken, darzuthun: wie sich aus dem Inhalte der Reichsgesetze allerdings ergibt, daß der uneigentliche Gegenbeweis (Beweis der Einreden) sowohl, als der eigentliche Gegenbeweis gleichzeitig mit dem Hauptbeweise ausgeführt, und sonach in dem Urtheile über die Beweisführung erschöpfend über das ganze Streitverhältniß definitiv entschieden werden

2) Nämlich bei der Frage: inwiefern der Beweis über das Klage- und Vertheidigungs-Fundament gleichzeitig instruirt werden muß.

3) Archiv für civ. Prax. VI. S. 200.

4) Des Beispiels wegen darf ich mich auf dieses Archiv B. VI. S. 227 berufen.

5) Archiv a. a. O. No. 18. S. 342 f.

soll [6]). Daß weder römisches noch canonisches Recht zu diesem, sondern gerade zu dem entgegengesetzten Resultate führt, kann mit Grund nicht geleugnet werden [7]). Dagegen läßt unsere Ansicht aus den Reichsgesetzen sich wohl vertheidigen.

Die Reichsgesetze befolgen bis zum Jahre 1521 den Grundsatz: daß peremtorische Einreden erst nach fundirter Klage vorgebracht zu werden brauchen [8]) und daß alsdann der Beweis darüber, wie über den Klagegrund, erbracht werden solle [9]). Dieses Verfahren war also, seiner Grundidee nach, dem des römischen und canonischen Rechts, so wie der Ansicht der ältern Praxis [10]) durchaus gemäß [11]). Im Jahre 1521 wurde aber der Beklagte für schuldig erklärt, neben den Responsionen „die Peremtoria oder endliche Einreden, Defension oder andere Behelfe einzubringen" [12]), und diese Vorschrift mehrmals wiederholt [13]). Dem Kläger wurde zum Beweise der Klage [14]), dem Beklagten zum Beweise der peremtorischen Einreden [15]), so weit das Fundament, welches artikelsweise durchgeführt worden, abgeleugnet

---

6) Mein Lehrb. üb. Civilproc. Aufl. 2. §. 244. S. 352.

7) Const. 4. de edendo 2, 1. Const. 9, 23. de except. 8, 36. Const. 19. de prob. 4, 19. Const. 9. de praescr. l. t. 7, 33. Const. ult. ad L. Cornel. de fals. 9, 22. — Glosse zu Cap. 29. X. de test. 2, 20. Cap. 17. 25. 38. 49. X. eod. Cap. 6. X. de probat. 2, 19. Cap. 5. X. de dolo et contum. 2, 14. Cap. 4, X. de except. 2, 15. Goldschmidt Abhandl. No. V. §. 1. 2. Derselbe über L. C. u. Einr. S. 18 f. Heffter Institut S. 180.

8) C. G. O. v. 1500. XIV, 1. C. G. O. v. 1508. IV, 1.

9) C. G. O. v. 1500. XIV, 3. C. G. O. v. 1508. IV, 3.

10) Glosse zu 29. X. de test. 2, 20.

11) Goldschmidt Abhandl. a. a. O. §. 3.

12) C. G. O. v. 1521. XIX, 8.

13) C. G. O. v. 1523 III, 4. C. G. O. v. 1527. §. 10.

14) C. G. O. v. 1500. XIII, 5.

15) C. G. O. v. 1500. XIV, 3. C. G. O. v. 1508. IV.

war, eine Zeit anberaumt. War die Beweisführung beendigt, so wurden die Schriften hierüber gewechselt, also gleichzeitig über Hauptsache und peremtorische Einreden auch rücksichtlich der Beweisführung gehandelt und entschieden [16]). Durch die C. G. O. von 1555 wurde das ganze processualische Verfahren, und insbesondere auch die Beweisführung, vermittelst ständiger Termine geordnet [17]); durchaus aber von dem Grundsatze ausgegangen, daß über den Beweis der Hauptsache und der peremtorischen Einreden insofern gleichzeitig gehandelt werden solle, daß das Urtheil, wenn auch nur eventuell successiv, über beide Punkte sich verbreiten könne. Es charakterisirt sich also das Verfahren des Reichskammergerichts rücksichtlich unseres Instituts dadurch, daß 1) die Verhandlungen sich in vorgeschriebenen Terminen bewegten, 2) die Anticipation des Beweises begünstigt, und, sofern nicht der bestimmte Abschnitt der Beweisinstanz, wie im gemeinen Processe gegenwärtig, hervortritt, sondern die Beweisführung mit dem Theile des Verfahrens, den wir das erste Verfahren nennen [18]), verwebt ist, die Anticipation sogar die regelmäßige und nothwendige Form der Beweisführung ist; daß ferner 3) zwischen eigentlichem und uneigentlichem Gegenbeweise nicht in der Art scharf unterschieden wird, daß die Gesetzgebung selbst jene verschiedenen Handlungen durch eigenthümliche Bezeichnungen kenntlich machte, und auf die Verschiedenheit eigenthümliche Formen der Procedur baute; und 4) daß der Gegenbeweis mit dem Hauptbeweise, wenn auch in verschiedenen Terminen, doch in so weit gleichzeitig geführt werden muß, daß man über beide gleichzeitig ad definitive pronunciandum kommen kann, und endlich 5) daß für die Leitung des Beweisverfahrens unter Umständen besondere Commissionen Statt finden.

16) C. G. O. v. 1500. XIII, 6, 7. XIV, 4, 5. C. G. O. v. 1521. XIX, 10. C. G. O. v. 1523. IV. C. G. O. v. 1527. §. 10.
17) C. G. O. v. 1555. III, 16 f.
18) Mein Lehrb. d. Civilproc. §. 185. 186.

Diese Momente muß man genau einsehen, um die Geschichte des jüngsten Reichsabschiedes, und durch diese die Bedeutung dieses Reichsgesetzes selbst für unser Institut gehörig aufzufassen. Sämmtliche dem J. R. A. vorhergegangenen, auf unsern Gegenstand sich beziehenden Verhandlungen beschäftigen sich nur mit der Untersuchung: ob es zweckmäßig sei, den Beweis anticipiren, und die Partheien ohne sichere richterliche Anleitung thätig werden zu lassen, wofür Gründe und Gegengründe scharfsinnig erwogen werden [19]; darunter aber: ob Hauptbeweis und Gegenbeweis im weitern Sinne insofern gleichzeitig zu führen seye, daß der Richter in einer und derselben Entscheidung über jene zu entscheiden vermöge, war gar keine Frage. Daher wurde das Verfahren im J. R. A. dahin bestimmt:

1) Es bleibe einem jeden Kläger unverwehrt, sondern vergönnt, zugelassen und in seine Willkühr gestellt, a) ob er die Probatoria, um seiner selbst willen, zur Beschleunigung der Sachen, gleich bei Auszіehung der Processe, b) oder auch in dem ersten Termin, vornehmlich wenn sie in brieflichen Urkunden bestünden, mit Production und Einführung der Klage einbringen, oder sich sonsten in andere Weg zum Beweisthum gefaßt machen; c) oder solches alles dahin, bis der Beklagte mit seiner Verantwortung eingekommen, auf den zweiten Termin verschieben wolle [20].

2) Der Beklagte sollte sich, wenn ihm die Klage gehörig insinuirt war, im ersten Termine a) nicht blos auf die Klage einlassen, b) sondern auch: was er dabei dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, einbringen [21]; c) rücksichtlich des Beweisverfahrens hing nun die Erklärung und weitere Procedur von der Art, wie der Kläger den Be-

---

19) Vergl. Neurodes (s. Lenz) pragmat. Erl. des j. R. A. Anmerk. 122 f. S. 213 f. Goldschmidt Abh. V. §. 7.

20) J. R. A. §. 35.

21) J. R. A. §. 37.

weis zu führen angefangen hatte, ab [22]: α) Hatte der Kläger, zur Beschleunigung seiner Sachen, seine habende Dokumente, Beweisthum, Urkunden, oder andere Probatoria, in Extrahirung der Proceß beigelegt, also, daß sie mit der Klage dem Citirten in vidimata copia zugebracht und intimirt werden mögen: so solle der Antworter auch auf dieselbe in diesem ersten Termine seine Nothdurft zu verhandeln schuldig seyn. α) Wo aber nicht, und der Kläger solche erst an diesem Gerichtstage einbrächte: wäre dem Beklagten unverwehrt, Abschriften, und Zeit darauf zu handeln, zu begehren; jedoch daß er nichts desto weniger auf den Libell, wie oben steht, antworte, auch in punctio recognitionis, auf des Klägers Erfordern, sich der Gebühr, recognoscendo vel diffitendo, unter gewöhnlichem Präjudiz und Strafe des Procurators, vernehmen lasse [23]. γ) Hatte der Kläger endlich erst des Beklagten Antwort abgewartet, so sollte der Kläger auf den andern Termin repliciren, und gleichfalls seine Nothdurft vorbringen; weniger nicht, zur Beweisung dessen, was ihm von dem Beklagten verneint worden, so viel nöthig und ohne Ueberfluß, bereit seyn, dergestalt, daß, so der Beweisthum mit brieflichen Dokumenten zu erstatten, er auch dieselbe, wo es nicht bereits zuvor geschehen, in diesem zweiten Termin zumal produciren, recognitionem wann und so viel von Nöthen begehren u. s. w. [24].

---

22) Denn er hatte nach dem §. 35 des J. R. A. unter drei Formen die Wahl, und mit Rücksicht auf jene ordnet das Reichsgesetz in den §. 37, 39, 45 sehr genau und bestimmt die Handlungen des Beklagten als Produkten.

23) J. R. A. §. 39.

24) J. R. A. §. 45. Für den Fall, wenn der Kläger Zeugenbeweis führen will, enthält der §. 47 des J. R. A. das Nähere.

Ganz auf dieselbe Art ist die Beweisführung rücksichtlich der peremtorischen Einreden normirt, denn

1) soll der Beklagte auf des Klägers Anbringen nicht blos in demselben Termine antworten, sondern auch seine Gegennothdurft und Gegenklage, wie auch seine Dokumente, oder was ihm sonsten zum Beweisthum dienen möchte, einbringen [25];

2) und der Kläger hat, auf solche seines Gegentheils Antwort und hauptsächliche Handlung, Gegenklage, und was in vim probandi eingebracht, zu procediren [26].

3) Die weitere Fortführung des Beweises der peremtorischen Einreden bleibt dann, neben der Beweisführung über die Klage, im Fortgange, und es ist dabei in den resp. Terminen dasselbe zu beobachten, was des Klägers Beweisthum halber, verordnet ist [27].

Auch das übrige Beweisverfahren bis zum Schlusse ist für den Haupt- und Gegenbeweis auf dieselbe Weise geordnet und läuft gleichzeitig fort [28].

Für das gemeine deutsche Proceßrecht darf nun zwar als ausgemacht behauptet werden, daß die reichsgerichtliche Form der Beweisführung rücksichtlich ihres Ganges nach den Terminen des J. R. A. gar nicht angewendet werden kann, und niemals angewendet worden ist; daß ferner eine anticipirte Beweisführung zwar vorkommt, aber nicht die Regel bildet, und sowohl ihre Zulässigkeit, als die Art der Leitung ganz anders, wie bei dem reichsgerichtlichen Processe, ausgebildet ist; und endlich, daß die eigenthümliche Ausbildung des Ganzen der Beweisführung zu einem besondern Abschnitte des Processes für den gemeinen Proceß die Regel ist, und daß diese Art auch als Grundlage entschiedene

25) J. R. A. §. 46.
26) J. R. A. §. 46.
27) J. R. A. §. 48.
28) J. R. A. §. 49—57.

Vorzüge vor dem Beweisverfahren des reichsgerichtlichen Processes hat. Aber eine ganz andere Frage ist es, inwiefern der Grundsatz des reichsgerichtlichen Processes, wornach die Beweisführung über den beweisbedürftigen Theil des Klage- und Vertheidigungs-Fundaments, gleichzeitig Statt finden soll, auch im gemeinen deutschen Processe als gültige Maxime betrachtet werden darf und soll. Die Entscheidung hierüber kann nur von zwei Vorfragen abhangen, nämlich:

I) Widerspricht der Organisation der Beweisführungsform des deutschen gemeinen Proceßrechtes die Beibehaltung jenes reichsgerichtlichen Grundsatzes insofern, daß eine Annahme desselben zu Störungen führen würde?

Diese Frage wird man ohne weitern Beweis verneinen dürfen. Es haben auch die Schriftsteller, welche sich gegen die Anwendbarkeit jenes reichsgerichtlichen Grundsatzes erklärt haben, in jener Richtung ihre Gründe niemals ausgeführt, sondern diese theils aus der Zweckmäßigkeit, theils aus dem römischen Rechte [29]) hergeleitet. Auch würde sich daraus, daß manche Gerichte den Gegenbeweis nach der Vorschrift der Reichsgesetze, auch dann, wenn der Beweis in einem besondern Beweisverfahren, dem ein förmliches Beweiserkenntniß vorherging, leiten und führen lassen, zur Genüge ergeben, daß jener reichsgesetzliche Grundsatz und unsere Form der Beweisführung sich nicht absolut widersprechend gegenüberstehen [30]). Ist aber Anwendung der reichsgesetzlichen Maxime im Allgemeinen im deutschen Processe möglich, so entscheidet

II) nur allein die fernere Vorfrage: ob es sich theoretisch rechtfertigen läßt, jene reichsgesetzliche Maxime auch als eine des deutschen gemeinen Proceßrechtes zu betrachten.

---

29) Z. B. Weber über Beweisf. S. 303 f. Heise und Cropp a. a. O. S. 280, Note 24.

30) Ueber neuere hierher gehörige Proceßordnungen unten das Nähere.

Die Lösung dieser Frage unterliegt, wenn man die allgemeine Möglichkeit der Anwendung des in Frage stehenden Grundsatzes zugibt, gar keiner Schwierigkeit, sobald man von dem richtigen Verhältnisse der reichsgerichtlichen Einrichtungen zu der Theorie des deutschen gemeinen Civilprocesses ausgeht. Die Vorschriften über das Verfahren des Reichskammergerichts sind demnach zugleich Vorschriften für die Territorialgerichte [31]), wenn die Anwendung überhaupt möglich ist, und die partikulären Proceßquellen nicht entgegenstehen [32]). Ein der Theorie des gemeinen Civilprocesses an sich nicht widersprechender, sondern damit wohl zu vereinigender Grundsatz des reichsgerichtlichen Processes verschwindet aber noch nicht dadurch aus der Theorie des gemeinen Civilprocesses, daß viele partikuläre Gerichts- und Proceßordnungen ihn ausdrücklich verwerfen, sondern erst dadurch, daß eine allgemeine wirklich begründete Praxis dagegen ist. Daß diese aber nicht existirt, geht schon aus den verschiedenen Ansichten über die Bedeutung des zur Frage stehenden Grundsatzes unter den Theoretikern und Praktikern. Nur darauf muß wiederholt aufmerksam gemacht werden, daß bei der Frage über die Anwendung reichsgerichtlicher Grundsätze auf das deutsche Proceßrecht man nicht übersehen darf, daß, wenn manche reichsgesetzliche Verordnungen auch in der Art, wie sie für die Reichsgerichte gleichsam aptirt sind, nicht für die Territorialgerichte passen, doch das Princip welches der Verordnung zum Grunde liegt, anders adoptirt, sehr wohl angewendet werden kann [33]). Mit Hülfe dieser Ansicht gelangen

---

31) C. G. O. v. 1555. II. 31. §. 9. D. A. v. 1600. §. 15. J. R. A. §. 137.

32) R. A. v. J. 1570. §. 75. R. A. v. 1594. §. 67. D. A. v. 1600. §. 15. J. R. A. §. 137.

33) Der Verfasser hat die Wichtigkeit dieser Ansicht schon bei einem andern Institute des Processes in diesem Archive B. 9. S. 237 f. und B. 11. S. 93 f. nachgewiesen.

wir nun zu dem Resultate, daß, da die Reichsgesetzgebung bei der Beweisführung über die Hauptsache und die Einreden für die Reichsgerichte die Eventualmaxime dem übrigen reichsgerichtlichen Verfahren anpaßte, für unsere gemeine deutsche Proceßtheorie zwar nicht die Art der Anpassung, wegen Verschiedenheit der Organisation der Proceßabschnitte, wohl aber das Princip selbst, die Eventualmaxime, gültiger und anwendbarer Grundsatz bleibt, und nur der eigenthümlichen Proceßorganisation angepaßt werden muß.

Die Theorie des gemeinen Civilprocesses hat demnach in Bezug auf unser Institut zwei Aufgaben zu lösen, und zwar

A) nach welchem Grundsatze die Beweise über das Klage-Fundament und das der Vertheidigungssätze zu erbringen sind?

Diese Aufgabe löst sich nach dem Ausgeführten dahin, daß dabei das Princip der Eventualmaxime einzuhalten sei [34].

B) Der zweite Punkt betrifft dann ferner die Frage: auf welche Art die Eventualmaxime für den Fragefall durchzuführen, d. h. welches Verfahren einzuleiten sei, damit im gemeinen deutschen Processe, auf den die Formen, in welchen der Reichsproceß für den Fragefall die Eventualmaxime verwirklichte, nicht übertragen werden können, vermittelst einer andern, dem deutschen gemeinen Proceßorganismus gemäßen Procedur, doch dasselbe Resultat herbeigeführt werde. Denn darauf kommt es hauptsächlich an, daß das Beweisverfahren über die Hauptsache und die Einreden vollständig beendigt ist, wenn das Definitivurtheil in der Sache erfolgen soll?

Das Reichsgerichtsverfahren gibt hier wegen der ihm eigenthümlichen Einrichtung der Termine und Commissionen keinen Anhaltpunkt. Nur so viel läßt sich aus dem Geiste jener Verfahrungsweise folgern, daß beide Beweisführungen gleichzeitig neben einander laufen dürfen. Darnach darf man aber als regelmäßige Grundsätze aufstellen:

34) S. vorzüglich Mittermaier in diesem Arch. Bd. VI. S. 361 — 363.

1) Das am Ende des ersten Verfahrens zu erlassende Beweiserkenntniß hat sich über den Beweissatz, die Beweislast und Beweisfrist, sowohl in Bezug auf das Klagefundament, als das der peremtorischen Einreden, zu verbreiten.

2) Die Beweisfrist darf für den Beweis und uneigentlichen Gegenbeweis dieselbe seyn?

Zwar ist über die Richtigkeit dieser Punkte viel Streit und viele Meinungsverschiedenheit [35]; allein ich glaube, daß die hierüber aufgeworfenen Fragen niemals für alle Fälle auf eine Weise entschieden werden können. Das darüber so eben gezogene Resultat ist als die Regel zu betrachten, also als der Hauptgesichtspunkt aufzustellen. Daneben kann man nicht leugnen, daß es sich hier blos um zweckmäßige Formen handelt, und der concrete Fall lehren muß, ob man nicht mehr oder weniger davon abweichen soll. Man muß nur nicht übersehen, daß die Hauptsache darin besteht: zu bewirken, daß zur Zeit der Abfassung des Definitivurtheils die Beweisführungen über alle relevante streitige Thatsachen beendigt seyn sollen. Hierüber darf sich der Richter, wenn er nicht gegen den Geist des gemeinen Proceßrechtes handeln will, nicht hinwegsetzen. Die Leitung des Beweisverfahrens über Klage, Einreden, Repliken u. s. w. ist nur Mittel zu jenem Zwecke. Da nun in der That das Proceßrecht einen ausschließlichen, wie jener nothwendige Zweck herbeigeführt werden soll, nicht vorgezeichnet hat, so darf man es dem Richter schon überlassen, nach der Natur des concreten Falles, zu bestimmen, ob für Haupt- und uneigentlichen Gegenbeweis dieselbe Frist eingehalten werden soll, oder nicht, ob beide Beweisführungen gleichzeitig, oder ob sie successiv Statt finden sollen.

Wegen der Fortbildung dieser Lehre durch neuere deutsche Gesetze glaubt der Verfasser, da die Abhandlung für eine Zeitschrift bestimmt ist, worin der, auch durch comparative

35) S. Mittermaier in diesem Arch. B. 6. S. 363 f. §. 5.

Behandlung der Rechtswissenschaft ausgezeichnete eine Mitherausgeber, die neuern Legislationen bis zur Zeit, wo er jene Abhandlung schrieb [36]), berücksichtigt hat, sich auf eine Nachlese der spätern legislativen Bestimmungen beschränken zu dürfen.

Die herzogl. Nassau. Verordnung über das Verfahren in Civilrechtsstreitigkeiten vom 23. April 1822 hat in Beziehung auf unsere Frage die Eventualmaxime insofern rein durchgeführt, als der Beweis über Klage, Einrede, Replik u. s. w. gleichzeitig aufgelegt, und die dafür bestimmte Frist auch für den Gegenbeweis angeordnet ist [37]).

Dasselbe gilt von der Proceßordnung für die Untergerichte im Königreich Hannover v. 5. Oct. 1827, welche im §. 60 folgende Verfügung enthält:

»Wenn beim Schlusse der Verhandlungen erhebliche Thatsachen unter den Partheien streitig, und die gehörigen Beweise noch nicht beigebracht sind: so muß der Richter ein Beweisinterlocut abfassen. In diesem Urtheile ist 1) der Beweissatz so zu bestimmen, daß die einzelnen eines Beweises bedürfenden Thatumstände genau angegeben werden; 2) festzusetzen, welche Parthei den Beweis zu übernehmen habe, sowohl in Ansehung der Klage, als der Einreden .... 4) Ist ein Termin oder eine Frist zur Antretung des Beweises, sowohl der Klage als der Einreden vorzuschreiben, der directe Gegenbeweis aber dem Beklagten in Ansehung des Klagegrundes, und dem Kläger in Ansehung der Einreden nur im Allgemeinen vorzubehalten.« — Das Gesetz spricht zwar nur von Klagen und Einreden, allein darunter sind auch Repliken, Dupliken u. s. w. verstanden, wie aus §. 109 des Gesetzes hervorgeht, wornach ein definitives Urtheil, nachdem jener Beweis instruirt ist, erfolgen soll.

36) Archiv B. 6. (1823) No. XVIII.

37) Nassau. Verordn. §. 27 f. (Samml. der landesherrl. Verordn. des Herzogth. Nassau. Wiesb. 1824. Bd. 3. S. 52.

Auch das herzogl. Oldenburgische Proceß-Reglement vom 15. März 1824 behält die gemeinschaftliche Maxime bei, und und verordnet im §. 17: »Wenn mit verneinender Einlassung auf die Klage zerstörliche Einreden verbunden sind, die eines Beweises bedürfen: so wird der Beweis der Klage und der Einreden in einem und demselben Interlocute zusammen normirt, und der Beweis der Einreden in der Regel sogleich mit dem Gegenbeweise auf die Klage angetreten ...... Wegen Verbindung der Beweise in Ansehung der Exceptionen und Repliken, der Repliken und Dupliken findet ein Gleiches Statt.« — Von den angegebenen Gesetzen ist das Oldenburgische in der Fassung am bestimmtesten, und zwar insofern bestimmter als das Hannöverische, als es sich auf den ganzen Inhalt der möglichen Streitpunkte ausdehnt. Dagegen entspricht das Hannöv. mehr dem ehemaligen reichsgerichtlichen Verfahren, indem zwar beide Gesetze im Wesentlichen das Hauptresultat der Eventualmaxime wollen, die Oldenburg. Gesetzgebung aber mehr auf successivem Wege, die Hannöv. aber mehr durch gleichzeitige Verhandlung dafür wirksam werden läßt. Weniger bestimmt ist das Nassauische Gesetz.

Mangel an Bestimmtheit findet sich auch im neuern Baierischen Proceßrechte und den Vorarbeiten zur neuen Proceßordnung. Die alte Bayer. Gesetzgebung unterscheidet nicht zwischen eigentlichem und uneigentlichem Gegenbeweise; behandelt beide Fälle nach gleichen Grundsätzen [38]); sie mußte deshalb wohl zu dem Resultate der Eventualmaxime, jedoch in der Art gelangen, daß der Gegenbeweis jeden Falls später angetreten wird, als der Hauptbeweis. Damit stimmt auch im Wesentlichen das neuere Bayer. Proceßrecht überein [39]).

---

38) v. Wendt vollst. Handb. des Baier. Civilproc. Nürnb. 1827. §. 100. 101.

39) Königl. Baier. Proceßgesetz v. 22. Juli 1819. §. 12. (Gesetzbl. v. 1819. St. VII. S. 59 f. und bei Wendt a. a. O. im Anhang S. 3 f.)

Der Bayer. Entwurf von 1825 scheint nach §. 380 die Eventualmaxime für unser Institut nicht annehmen zu wollen, denn es heißt darin: „Die Ordnung im Beweisen richtet sich nach den natürlichen Verhältnissen der Partheien zum Streite, so daß es zuerst auf den Beweis der Klage, dann auf den Beweis der Einrede u. s. w. ankömmt.“ Allein daß hierdurch nur der richterlichen Beurtheilung ein Princip vorgeschrieben werden sollte, geht aus dem §. 666 ff. hervor; denn die da vorgeschriebenen Grundsätze über die Collissionen unter den Beweisen setzen voraus, daß der Prüfung des Beweises und ersten Urtheilsfassung vollständige Beendigung des Beweisverfahrens über Klage, Einrede, Replik, Duplik u. s. w. vorhergehen muß. Der revidirte Entwurf von 1827 hat den §. 389 des ersten Entwurfs nicht aufgenommen; dagegen aber finden sich die Bestimmungen über Collission der Beweise für Klage und Einrede im §. 353, und es liegt insofern beiden Entwürfen das Princip der Eventualität in derselben Weise zum Grunde. Unbestimmt sind aber beide Entwürfe insoweit, als das Verfahren, wodurch der Grundsatz der Eventualität verwirklicht werden soll. Das war aber um so nothwendiger, als beide Entwürfe, der von 1825 im §. 406, der von 1827 im §. 224, die Ansicht des ältern Proceßrechtes, wornach eigentlicher und uneigentlicher Gegenbeweis nach denselben Grundsätzen behandelt wird, aufheben („der Beweis der Einreden ist als Gegenbeweis nicht anzusehen“), nun aber nirgends aussprechen, ob der Beweis der Einreden gleichzeitig durch das Beweisfestsetzungsdecret bestimmt werden soll oder nicht, was um so nothwendiger ist, da daraus, daß dieser Beweis bei der Abfassung des Urtheils instruirt seyn soll, nicht hervorgeht, ob die Instruction gleichzeitig mit der der Klage Statt finden muß. Auch wäre es wohl zweckmäßig, nach dem Beispiele des Oldenburgischen Gesetzes, sich bestimmt über Repliken, Dupliken u. s. w. zu äußern. Die Nothwendigkeit, in einem neuen Gesetze sich wegen der erwähnten Punkte sehr bestimmt fassen

zu müssen, leuchtet ein, wenn man zugibt, daß ja auch für das gemeine Proceßrecht das Princip der Eventualität insoweit, als der Beweis für das ganze Klage- und Vertheidigungsfundament vor der Definitivsentenz instruirt seyn soll, und dennoch über die Art der Ausführung so viel Streit entstanden ist.

(Die Fortsetzung folgt in einem der nächsten Hefte.)

II.

Findet zum Beweise der Ehescheidungs-Ursachen die Eidesdelation Statt? *)

Herrn Dr. Uiblein, Privatdocenten zu Heidelberg.

Schon einmal wurde diese Frage in dem Archive [1]) zur Sprache gebracht, ohne daß dabei Rücksicht genommen worden wäre auf jene Stelle des canonischen Rechtes, worauf die verneinende Parthei ihre Behauptung stützt. Allgemein, glaubte ich, stehe jetzt die Ansicht unter den Rechtslehrern und in der Praxis fest, daß bei den Protestanten die Ursache der Ehescheidung durch den Eid bewiesen werden könne, und daß man nur bei den Katholiken wegen des Sakraments die entgegengesetzte Meinung vertheidige. Allein Herr Obergerichtsrath Hassenpflug in Kassel hat neuerlich [2]) wieder die Ansicht der ältern Praxis, nämlich, daß man sich zum

*) Die Redaction findet sich veranlaßt, zu bemerken, daß dieser Aufsatz schon im Julius 1828 in den Händen derselben sich befand, aber wegen gehäuft vorliegenden Materials nicht früher abgedruckt werden konnte. Mr.

1) II. B. 1. Hft. S. 36. Man vergleiche auch Glück Commentar XII. B. S. 272, 273 und die in not. 100 angeführte Literatur.

2) Themis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft von C. F. Elvers, I. B. 2. Hft. S. 315—325.